

University of Groningen

Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht

Brouwer, J.G.; Schilder, A.E.

Published in:
Jurisprudentie Bestuursrecht Plus

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Brouwer, J. G., & Schilder, A. E. (2007). Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht. *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus*, 154-167.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht

J.G. Brouwer en A.E. Schilder

Bij de handhaving van de openbare orde maken burgemeesters in toenemende mate gebruik van maatregelen die de bewegingsvrijheid van burgers beperken. Dit gebeurt op basis van de APV, als ook op grond van de lichte bevelsbevoegdheid in de Gemeentewet. Hierbij wordt zowel in de bestuurspraktijk als in de rechtspraak onvoldoende onderscheid gemaakt tussen de aard van deze verschillende bevoegdheden. Vergeten wordt dat de maatregelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde vanwege hun geringe democratische legitimatie slechts onder zeer specifieke condities kunnen worden ingezet. Bewegingsbeperkende maatregelen op basis van de APV roepen weer andere rechtstatelijke problemen op. Niet-naleving van een gemeentelijke verordening is een overtreding, het negeren van een burgemeesterlijke gebiedsontzegging levert een misdrijf op. In de praktijk is het verleidelijk nog slechts op misdrijfniveau te vervolgen. De auteurs bespreken deze ontwikkelingen en beogen bij te dragen aan een meer systematische beoefening van het openbare-orderecht.

Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht

J.G.Brouwer en A.E. Schilder

De gebiedsontzegging mag zich in een toenemende populariteit verheugen. Steeds vaker wordt deze maatregel opgelegd ter herstel van de openbare orde bij overtreding van uiteenlopende verordeningen en bepalingen in het Wetboek van strafrecht. De bevoegdheid tot het opleggen van een gebiedsontzegging kan de burgemeester ontlelen aan voorschriften in de Gemeentewet alsook aan bepalingen in de APV. Anders dan de gemeentewettelijke maatregelen zijn de op de APV gebaseerde gebiedsontzeggingen ruim inzetbaar. Toch roepen zij rechtstatelijke spanningen op onder meer omdat het gemeentelijke strafrecht dreigt te verworden van een overtredingenrecht tot een misdrijvenrecht.

Verblijfsontzegging, verwijderbevel - onmiddellijke handhaving - reguliere handhaving - herstelsanctie – punitieve sanctie.

1. Inleiding

In de gemeente Amsterdam kwam eind jaren zeventig een nieuwe maatregel tot stand tegen drugsoverlast. Door een zogenaamd verwijderbevel kon de burgemeester voortaan drugsdealers en junks voor enige tijd weren uit een in het

bevel aangeduid gebied. Het idee om personen de toegang tot en het verblijf binnen een bepaald gebied te ontzeggen, konden zij ontleen aan de privaatrechtelijke straatverboden. Beogen deze straatverboden lastige expartners uit de buurt van hun vrouw te houden, het publiekrechtelijke verwijderbevel is erop gericht overlastveroorzakers tijdelijk te verbannen uit een gedeelte van een stad, in Amsterdam aanvankelijk een gebied rondom de Zeedijk. Vandaar dat men wel toen wel sprak van ‘dijkverboden’.¹

De gebiedsontzegging als overlastbestrijdend middel blijkt nu bijna een kwart eeuw later immens populair in het gemeentelijke sanctierecht. Zowel in grote steden als in dorpen worden tegenwoordig gebiedsontzeggingen ingezet. De feiten waarvoor een dergelijke maatregel wordt opgelegd, beperken zich al lang niet meer tot drugsoverlast alleen. Het instrument is heden ten dage een sanctie die op overtreding van een keur van verordeningen staat, alsook op niet-naleving van bepalingen in het wetboek van strafrecht en andere strafwetten. De gebiedsontzegging is uitgegroeid tot een ogenschijnlijk wondermiddel tegen lokale ordeproblemen.

De bevoegdheid op basis waarvan de burgemeester de gebiedsontzegging in de afgelopen decennia oplegde, heeft sterk gevarieerd. Het ‘dijkverbod’ werd aanvankelijk gegoten in de vorm van een noodbevel ex art. 175 Gemeentewet, later kozen burgemeesters veelal voor een bevel krachtens art. 172 lid 3 Gemeentewet. Tegenwoordig worden de gebiedsontzeggingen bijna steeds geënt op bepalingen van autonome verordeningen in de APV.² Welke grondslag de burgemeester in het verleden ook koos en tegenwoordig kiest, steeds treedt de rechter de oplegging van de gebiedsontzegging uiterst welwillend tegemoet. Het is echter zeer de vraag of die attitude rechtstatelijk juist is.

2. Wettelijke grondslag: tweedeling

De wettelijke basis voor de gebiedsontzegging varieerde – zoals gezegd - in de afgelopen drie decennia nogal. Grofweg kunnen we hierbij een tweedeling maken. Men kan de wettelijke grondslag voor gebiedsontzeggingen zoeken in de sfeer van de *onmiddellijke* handhaving van de openbare orde alsook in de

¹ Zie hierover uitgebreid J.G.Brouwer/A.E. Schilder, Beperking bewegingsvrijheid ter handhaving van de openbare orde, Van verblijfsontzeggingen of verwijderingsbevelen, *NJCM-Bulletin*, juni 1997, p. 421-437 en M.A.D.W. de Jong, Recht en praktijk inzake lokale ordehandhaving, in: F.C.M.A. Michiels/E.R. Muller (red.), *Handhaving, Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer 2006, p. 403 e.v.

² Naast deze drie kent ons recht nog talloze andere grondslagen voor het opleggen van gebiedsontzeggingen. In de strafvorderlijke sfeer is een zodanige maatregel mogelijk als voorwaarde bij schorsing van de voorlopige hechtenis (art. 80 Sv), als voorwaarde bij voorwaardelijke veroordeling (art. 14c Sr), als aanwijzing van de rechter-commissaris (art. 543 Sv) en als gedragsaanwijzing op grond van de Wet OM-afdoening (art. 257a, derde lid, onder e Sv).

Wellicht komen er nog twee mogelijkheden bij. De Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (momenteel voorwerp van behandeling van de Eerste Kamer) moet voorzien in een (bestuurlijke) gebiedsontzegging door de minister als maatregel in het kader van terrorismebestrijding (*TK II* 2005/06, 30 566). Verder circuleert er een concept-wetsvoorstel ‘Aanwijzingen ernstige overlast’ (art. 172a Gemw) dat voorziet in een bevoegdheid tot het opleggen van een gebiedsaanwijzing door de burgemeester of de officier van justitie.

context van de algemene bestuurlijke, de *reguliere* handhaving. Hieronder bespreken we eerst onder welke voorwaarden onmiddellijke bevoegdheden ingezet kunnen worden.

2.1 Onmiddellijke handhaving

Art. 5:23 Awb zondert het (rechts)handelen in het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde uit van de waarborgen in Afdeling 5.3 Awb in verband met bestuursdwang. Met deze bepaling wordt het de burgemeester gemakkelijk gemaakt om de openbare orde te handhaven op momenten dat de handhaving geen enkel uitstel dan wel vertraging duldt. De burgemeester hoeft zijn beslissingen in het kader hiervan namelijk niet op schrift te stellen en te motiveren. Evenmin is hij verplicht eerst te waarschuwen en de overtreders een begunstigingstermijn aan te bieden.³ Noch hoeft de burgemeester aan te geven welk wettelijk voorschrift is overtreden. Sterker nog, het doet er zelfs niet toe of er wel een voorschrift wordt overtreden. Een concrete en actueel dreigende verstoring van de openbare orde kan de onmiddellijke handhaving legitimeren.

Ook andere waarborgen die de Awb noemt, moeten geacht worden niet van toepassing te zijn op de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Dat ligt ook voor de hand, het gaat bij de onmiddellijke handhaving van de openbare orde om het in de greep krijgen van een crisis- of noodsituatie die zich openbaart door middel van een daadwerkelijke ordeverstoring dan wel een concreet zich direct aandienende ordeverstoring. Er dient onmiddellijk te worden ingegrepen, de aanpak ervan duldt geen enkel respijt. De burgemeester moet hierbij niet gehinderd worden door formele eisen van de Awb. Er is dan bijvoorbeeld geen tijd om een zienswijzegesprek te voeren met belanghebbenden.⁴

Noodzakelijkerwijs ontbreken bij de onmiddellijke handhaving van de openbare orde ook lokale democratische waarborgen. De besluitvorming dient snel tot stand te komen en onmiddellijk te worden geïmplementeerd. Omdat collegiale besluitvorming vertragend kan werken, is de burgemeester alleen verantwoordelijk gemaakt voor het in de greep krijgen van de crisis- dan wel noodsituatie. Thorbecke zei hierover al: ‘Zal de openbare orde waar men haar verstoort of bedreigt, spoedig worden hersteld of gehandhaafd, het is nodig dat in het nemen van besluiten niet gedraald en het beslotene onmiddellijk uitgevoerd wordt.’⁵

Het is evident dat de burgemeester vanwege dit verlies aan waarborgen alleen in speciale omstandigheden van de bijzondere bevoegdheden gebruik mag maken. Wij noemen dit de eisen van onmiddellijkheid.

³ Art. 175 lid 2 Gemw. vormt hierop een uitzondering.

⁴ Zie onze noot onder ABRS 1 november 2006, AB 2007, 47.

⁵ *Bijlagen II* 1850-1851, MvT, p. 395.

De eerste is dat er sprake moet zijn van een plotseling actueel opkomend of zich concreet voordoend gevaar voor de openbare orde dan wel dat er van een concrete en actuele dreiging sprake is. Burkens spreekt van het situatievereiste.⁶ De verschillende gemeentewettelijke bepalingen stellen elk hun specifieke eisen aan deze situatie. Art. 175 Gemw. stelt de zwaarste eisen, het spreekt van oproerige bewegingen, van andere ernstige wanordelijkheden dan wel ernstige vrees voor het ontstaan hiervan. Art. 174 lid 2 Gemw. heeft het oog op situaties die een gevaar vormen voor de veiligheid of de gezondheid. Art. 172 lid 3 Gemw. stelt slechts de eis dat er sprake is van een situatie waarin de openbare orde wordt verstoord of ernstige vrees voor het ontstaan daarvan.

De burgemeester kan een onmiddellijkheidsinstrument uitsluitend en alleen inzetten als één van deze situaties zich voordoet, niet daarna. Het toepassen van een onmiddellijkheidsbevoegdheid op een tijdstip dat de normale situatie is teruggekeerd, levert een oneigenlijk gebruik van de bevoegdheid op. Er is geen noodzaak meer om van de bijzondere bevoegdheden gebruik te maken. De Afdeling past deze eis bijvoorbeeld correct toe in een geval waarin de burgemeester van Castricum aan de eigenaar van café 't Gemeentehuys mededeelt dat zijn kroeg gedurende het komende weekeinde twee dagen gesloten zal worden, omdat vijf dagen eerder het gemeentelijke sluitingsuur voor een tweede achtereenvolgende keer is overtreden. De burgemeester baseert zijn besluit op de onmiddellijke bevoegdheid van art. 174 lid 2 Gemw. De Afdeling verklaart de sluiting onrechtmatig. Van een situatie die tot onverwijld ingrijpen ter bescherming van de veiligheid of gezondheid noopt, is geen sprake meer.⁷

Aan het situatievereiste wordt slechts voldaan indien de burgemeester de crisis- of noodsituatie niet kan bestrijden met een regulier, dat wil zeggen (lokaal)democratisch gewaarborgde maatregel. In beginsel dient de burgemeester te streven naar maximale democratische legitimatie van zijn maatregelen. Dit betekent dat hij eerst dient te onderzoeken of hij aan de situatie het hoofd kan bieden door middel van de inzet van een regulier middel.⁸ Is dat niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat regelgeving op dit punt ontbreekt of omdat de orde onverwijld moet worden hersteld, pas dan is de burgemeester gerechtigd eigen, niet-democratisch gewaarborgde bevelen te geven.

De inzet van een crisis- of noodbevoegdheid mag niet langer duren dan een periode die redelijkerwijs nodig is om langs democratische weg maatregelen mogelijk te maken die het ordeprobleem kunnen keren. Is een zodanige periode verstreken, dan wordt in beginsel niet meer voldaan aan het situatievereiste. Het gaat immers – zoals gezegd – om een bijzondere bevoegdheid. De burgemeester mag zonder lokale democratische waarborgen zelf maatregelen verzinnen en

⁶ M.C. Burkens, Nood breekt wet – maar ook een noodwet?, *TvO* 1970, p. 326; zie ook B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving; actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer 1993, p. 189-192.

⁷ ABRS 9 juni 2004, *AB* 2005, 331, m.nt. J.G. Brouwer.

⁸ Rb Rotterdam 23 februari 2005, *Gst.* 2005,7230,5 m.nt. M.A.D.W.de Jong. Volgens de rechtbank staat het subsidiariteitsbeginsel ook in de weg aan art. 172 lid 3 Gemw. als een medische, waarschijnlijk meer succesvolle aanpak nog niet is geprobeerd.

implementeren. Dat is gerechtvaardigd zo lang als aan het situatievereiste wordt voldaan en de tijd te kort is om via regelgeving van de raad de ongewenste toestand aan te pakken.

Niet zelden worden bevoegdheden in de sfeer van de onmiddellijke handhaving gedurende een veel te lange periode ingezet, zonder dat de rechter dit afstraft. We zullen dat hierna zien als we ingaan op art. 175 Gemw. als grondslag voor de gebiedsontzegging. Zelfs internationaal-rechterlijk toezicht blijkt hiertegen geen remedie.⁹ Maakt de burgemeester onredelijk lang gebruik van een bepaalde crisis- of noodmaatregel, dan geeft dit problemen bij de vraag of de maatregel wel noodzakelijk is in een democratische rechtsorde: *necessary in a democratic society*. Indien een gemeente het instrument van een gebiedsontzegging werkelijk noodzakelijk vindt, dan kan en mag men verwachten dat die maatregel binnen afzienbare tijd een basis krijgt in de lokaaldemocratisch gelegitimeerde regelgeving. De verordening vormt een belangrijke aanwijzing dat de inperking van het door het Vierde Protocol van het EVRM beschermde recht op bewegingsvrijheid daadwerkelijk noodzakelijk is in een democratische rechtsorde, zoals art. 2 lid 3 van het Vierde Protocol eist.¹⁰

Zou de burgemeester met zijn onmiddellijkheidsinstrumentarium op structurele basis overlast kunnen bestrijden, dan betekent dit dat hij de regelgevende taak van de raad als het ware over kan nemen en voor zover er al regels bestaan, die terzijde kan schuiven. Dat is ongewenst, het is aan de raad om door middel van algemene regelgeving in de vorm van een verordening ongewenste situaties op structurele basis te bestrijden. Er is in de lokale verdeling van taken geen plaats voor een burgemeester als alternatieve regelgever op semi-permanente basis. De bevelen van de burgemeester zijn bedoeld om een zich plotseling aandienend of voordoend gevaar voor de openbare orde te tackelen in het geval dat dit niet kan met lokale, democratisch gelegitimeerde maatregelen.¹¹

De burgemeester zou bovendien op elk door hem gewenst moment bevelen kunnen geven waarvan de niet-naleving een misdrijf in de zin van art. 184 Sr is. Dat is niet alleen een atypisch verschijnsel – normaal gesproken levert

⁹ EHRM, 4 juni 2002, *Gst.* 2003, 7181, 39, m.nt. D.E. Bunschoten, *AB* 2003, 19, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (Landvreugd); ABRS, 19 december 1996, *AB* 1997, 79, m.nt. FM; Rb Amsterdam, 19 januari 1996, *AB* 1996, 171, m.nt. FM; zie ook HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514; ABRS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. M.A.D.W. de Jong, *JB* 1996, m.nt. BvM; vgl. EHRM 23 september 1998, *NJ* 2000, 29, m.nt. EAA.

¹⁰ In de zaak van Landvreugd tegen Nederland, ontwijkt het Europese Hof dit spanningsveld door een noodbevel krachtens art. 175 Gemw. niet aan deze eis, maar aan de in vierde lid van art. 2 van het Vierde Protocol ruimer omschreven beperkingsgrond te toetsen: *'justified in the public interest in a democratic society.'* Van een *pressing social need* hoeft in dit geval geen sprake te zijn. Zo kan de vraag of de inbreuk op het recht op bewegingsvrijheid gerechtvaardigd is, beperkt blijven tot de toets of de maatregel niet disproportioneel is. Dat is gezien de ruime *margin of appreciation* die door Straatsburg aan nationale autoriteiten wordt gelaten, niet snel het geval.

¹¹ Vergelijk ook de stelling van L.J.J. Rogier: 'Noodrecht wordt steeds vaker gewoonterecht. Als daarvoor onvoldoende democratische legitimatie en procedurele normen bestaan, legt dat een te zware verantwoordelijkheid bij het bestuur (stelling 6 bij: De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht, in: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, preadviezen voor de VAR, VAR-Reeks 138, Den Haag 2007, p. 57).

de niet-naleving van een lokaal voorschrift immers slechts een overtreding op – maar past ook niet in de (grond)wettelijk vastgelegde verdeling van taken en bevoegdheden binnen een gemeente.

Indien aan het situatievereiste wordt voldaan, dan mag de burgemeester gebruikmaken van zijn onmiddellijke bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde. Vanwege het gebrek aan waarborgen gelden er vanzelfsprekend ook strikte voorwaarden voor de manier en wijze waarop de burgemeester van zijn onmiddellijke bevoegdheden gebruik maakt.

Een eerste voorwaarde is dat de maatregel de (dreigende) verstoring van de openbare orde per direct aanpakt. Indien het nemen van een maatregel op grond van een onmiddellijke bevoegdheid noodzakelijk is, moet die maatregel gericht zijn op het direct wijzigen van de situatie die de openbare orde in gevaar brengt, anders is er blijkbaar geen noodzaak gebruik te maken van de bijzondere bevoegdheid. Een maatregel die weliswaar als onverwijlde reactie op een crisissituatie is genomen, maar die pas over enkele dagen effect sorteert voldoet niet aan deze eis.

De Afdeling hanteert deze eis niet erg strikt. Dat blijkt in een zaak waarin een schip wordt gebruikt voor de huisvesting van zeker 60 Poolse werknemers van een in de nabijheid gevestigde werf. Het schip voldoet op geen enkele wijze aan de bij en krachtens de Binnenschepenwet gestelde eisen betreffende brandveiligheid voor binnenschepen, noch aan de van toepassing zijnde regelgeving voor logiesgebouwen (Bouwverordening) en woonboten (Brandbeveiligingsverordening). Volgens de Scheepvaartinspectie en de Brandweer Maastricht is er aan boord van het schip sprake van een levensbedreigende situatie voor de personen. De burgemeester van Maastricht beveelt daarom op grond van een onmiddellijke bevoegdheid – in dit geval art. 172 lid 3 Gemeentewet - het schip ‘General Maczek’ binnen drie dagen te ontruimen en ontruimd te houden. Een bevel dat de bewoners van het schip een termijn van drie dagen gunt om het schip te ontruimen, staat op zeer gespannen voet met de eis om het gevaar voor de openbare orde per direct aan te pakken. Een bevel om per onmiddellijk het roken, stoken en koken te stoppen, zou veel passender zijn geweest ter onmiddellijke bezwering van het brandgevaar.¹²

Een tweede voorwaarde die we aan een maatregel in het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde moeten stellen is dat de duur van de concrete maatregel direct gekoppeld dient te zijn aan de situatie dat er gevaar dreigt voor de openbare orde.¹³ Omdat het om sancties gaat ter onmiddellijk herstel van de openbare orde, kan de lengte van de sanctie slechts van korte duur zijn.¹⁴ Rechters gaan niet altijd even zorgvuldig om met deze eis.

¹² ABRS, 17 november 2004, *AB* 2005, 410, m.nt. J.G. Brouwer.

¹³ Rb. Rotterdam 23 februari 2005, *Gst.*, 2005, no. 7230, 84, m.nt. M.A.D.W. de Jong.

¹⁴ *TK* 1988-1989, 19403, nr. 10, p. 92-93; zie ook *Vz ARRS* 26 augustus 1992, *AB*, 104.

We zullen dat hierna zien als we over de toepassing van art. 172 lid 3 Gemw. spreken als basis voor de gebiedsontzegging.

De duur van de onmiddellijkheidsmaatregel mag ook om andere redenen niet al te lang zijn. Vanwege de noodzaak tot snel optreden, zijn de onmiddellijkheidsbevoegdheden niet erg gepreciseerd. De burgemeester heeft tamelijk vaag omljnde bevoegdheid gekregen op grond waarvan de burger niet precies kan voorzien hoe die voor hem uitpakt. Hij kan niet met zekerheid zijn gedrag afstemmen op het mogelijke gebruik van die bevoegdheden. Langdurige en ingrijpende onmiddellijkheidsmaatregelen staan daarom op gespannen voet met mensenrechten. Het Europese Hof heeft in de zaak van Landvreugd tegen Nederland met slechts vier tegen drie stemmen beslist dat een gebiedsontzegging van veertien dagen op basis van art. 175 Gemw. voldoet aan de eisen van de *foreseeability*. Van groot belang was dat de betrokkene hiervoor al nadrukkelijk was gewaarschuwd.¹⁵

Een derde voorwaarde bij de uitoefening van de onmiddellijke maatregel is dat hij niet afwijkt van wettelijke voorschriften, tenzij die maatregel gegrond is op een bevoegdheid die hiervoor de ruimte biedt. Is het gevaar voor de openbare orde zo groot dat van één van de twee in art. 175 Gemw. beschreven situaties sprake is – oproerige beweging of andere ernstige wanordelijkheden dan wel ernstige vrees voor het ontstaan daarvan – dan mag de burgemeester op basis van deze bepaling afwijken van democratisch gelegitimeerde regelgeving, met uitzondering van de Grondwet.¹⁶

Art. 172 lid 3 Gemw. biedt de burgemeester – anders dan art. 175 Gemw. – geen mogelijkheid om af te wijken van democratisch gelegitimeerde regelgeving.¹⁷ Dit verschil valt goed te verklaren. Art. 175 spreekt van oproerige beweging en ernstige wanordelijkheden. Dat zijn wel even andere situaties dan waarvan art. 172 lid 3 rept: ‘verstoring van de openbare orde dan wel ernstige dreiging daarvan’. In een zodanige niet ernstige situatie is er geen enkele reden om de burgemeester te legitimeren af te wijken van wet of een plaatselijke verordening.

Een vierde niet minder belangrijke voorwaarde ten slotte is dat de maatregel voldoet aan de subsidiariteits en proportionaliteitseis. De burgemeester dient te kiezen voor het minst ingrijpende instrument. Daarenboven dient het een geschikt middel te zijn om de orde te herstellen en niet zwaarder inbreuk te maken op het leven van burgers dan strikt noodzakelijk. De vraag waar de uiterste grens ligt, valt samen met de vraag: waar gaat de

¹⁵ Aan het belang van voorafgaande waarschuwing voor de rechtmatigheid van overheidsoptreden besteden we uitgebreider aandacht in: De bestuurlijke waarschuwing in de Awb?, in: *De grootste gemene deler*, Lurks/Den Ouden/Polak/Schilder, Leiden/Deventer 2002 (Drupsteenbundel), p. 125 e.v..

¹⁶ Dit standpunt werkten we verder uit in: Nood breekt wet, maar ook de Grondwet? In: E.R.Muller, C.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht, Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag, 2001, p. 265 e.v. Volgens H.P.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orde-recht*, Deventer 2004, p. 118, biedt ook art. 172 lid 3 Gemw. de mogelijkheid om van de Grondwet af te wijken; hierin staat hij alleen.

¹⁷ Zie bv. E.T. Brainich von Brainich Felth, *Openbare orde en veiligheid*, art. 172 Gemeentewet, *Tekst en commentaar*, Deventer, 2006, p. 123.

herstelsanctie over in een punitieve sanctie. Veelal is duidelijk welke maatregel noodzakelijk is voor onmiddellijk herstel van de openbare orde. Een herstelsanctie mag echter ook gericht zijn op het voorkomen van in dit geval herhaling van verstoring van de openbare orde.¹⁸ Bij een onmiddellijkheidssanctie die per definitie slechts kortlopend mag zijn, geeft dat – anders dan bij reguliere herstelsancties –¹⁹ weinig ruimte.

2.1.1. Gebiedsontzegging als onmiddellijk bevel

Zoals gezegd legt de burgemeester van Amsterdam in de jaren tachtig talloze drugsdealers en gebruikers het verbod op om te verblijven in delen van Amsterdam in de vorm van een noodbevel ex art. 175 (oud art. 219) Gemeentewet. Aanvankelijk betreft het bevelen om zich gedurende acht uren te verwijderen, later worden bij overtreding van verwijderbevelen ook verboden van veertien dagen opgelegd.

De toelaatbaarheid van de inzet van noodbevoegdheden tegen drugsoverlast is van meet af aan betwist.²⁰ Art. 175 Gemeentewet ziet op situaties waarin sprake is van oproerige bewegingen, samenscholingen, grootschalige gewelddadigheden en vernielingen. Daarvan is bij de overlast als gevolg van de handel in en het gebruik van drugs op straat, hoe ernstig die overlast ook moge zijn, ‘evidentelijk’ geen sprake, aldus de Rechtbank Amsterdam in 1996 vlak voordat de Hoge Raad en de Afdeling de inzet van het noodbevel voor gebiedsontzeggingen verbieden.²¹

De Afdeling rechtspraak heeft daar echter lange tijd anders over gedacht. Keer op keer beslist zij in de jaren tachtig dat de overlast van verslaafden en dealers voldoet aan het situatievereiste in de zin van art. 175 (oud art. 219) Gemeentewet. De Afdeling stelt dat drugsgerateerde activiteiten op straat speciaal in grote steden de openbare orde ernstig verstoren: ‘De handel en wandel van verslaafden en dealers veroorzaken in het algemeen ernstige overlast, openlijk gebruik en handel, intimiderend groepsgedrag, bedreigingen van passanten (veelal met messen), diefstallen, heling enz. (...). Gelet op dit alles zijn wij voorshands van oordeel dat een noodsituatie als waarop art. 219 van de Gemeentewet het oog heeft, terecht aanwezig is geacht.’²²

Hierboven hebben we vastgesteld dat de duur van de inzet van een onmiddellijkheidsmaatregel rechtmatig is zolang als de lokale politiek nodig heeft om ter zake een verordening aan te nemen. Aan de burgemeester van

¹⁸ Art. 5.0.2 Vierde Tranche Awb.

¹⁹ Zie de discussie tussen F.C.M.A. Michiels onder ABRS 25 oktober 2006, *AB* 2007, 26 en F.R. Vermeer onder ABRS 5 juli 2006, *AB* 2006, 394.

²⁰ C. Hamburger, Een vinger achter het dijkverbod, De (on)mogelijkheden van art. 219 van de Gemeentewet, *TvO* 1990, p. 217 e.v.; zie ook P.J. Boon onder ARRS 17 augustus 1982, *AB* 1983/80.

²¹ Rb Amsterdam, 19 januari 1996, 95/8114, *JB* 1996, 49, m.nt. BvM, *AB* 1996, 171 m.nt. FM, *Gst* 7027 1996. m.nt. HH en RAwb 1996, nr 51 m.nt. De Jong.

²² Vz ARRS, 11 januari 1989, *AB* 1989, 424.

Amsterdam is in de jurisprudentie gedurende meer dan dertien jaren toegestaan gebiedsontzeggingen op te leggen in de vorm van noodbevelen. Pas in 1996 geeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan de inzet van het noodbevel in de toekomst niet langer te accepteren.²³ Eerder al had de Hoge Raad een niet mis te verstane hint in die richting gegeven.²⁴ Dertien jaren is een periode die vergaand de toegestane duur van de inzet van een onmiddellijkheidsbevoegdheid overschrijdt.

Art. 172 lid 3 Gemeentewet, dat in 1994 bij amendement in de Gemeentewet gekomen, spreekt simpelweg van ‘verstoring van de openbare orde’ dan wel ernstige vrees hiervoor. Daaronder kan heel goed drugsoverlast begrepen worden. Qua situatievereiste leent art. 172 lid 3 Gemw. zich daarom meer als basis dan art. 175 Gemw. voor gebiedsontzeggingen bij drugsgelateerde overlast of bijvoorbeeld overlast als gevolg van tippelen. Deze zogenaamde lichte bevelsbevoegdheid is echter – net als art. 175 Gemeentewet – een onmiddellijkheidsinstrument. Van een plotseling opkomend gevaar voor de openbare orde kan bij drugsoverlast in 1996 nog moeilijk gesproken worden. Toch hebben bijvoorbeeld de burgemeester van Amsterdam en ook die van Rotterdam de lichte bevelsbevoegdheid als wettelijke grondslag voor gebiedsontzeggingen gehanteerd nadat de rechter de inzet van het noodbevel niet langer toelaatbaar oordeelde. En de rechter heeft die inzet keer op keer gesanctioneerd. Naar onze stellige overtuiging ten onrechte. Het was zeer wel mogelijk geweest om een verordening tot stand te brengen met hierin een zodanige bevoegdheid voor de burgemeester.

Nog bonter maken rechters het die de inzet van de lichte bevelsbevoegdheid toestaan, terwijl er een verordening vigeert die in de oplegging van een gebiedsontzegging door de burgemeester voorziet. Indien er een geschikt lokaal democratisch gelegitimeerd middel voor handen is, dan is de inzet van het onmiddellijkheidsinstrument niet toegelaten. We hebben hiervoor uiteengezet dat het gebrek aan democratische legitimatie van de maatregel daaraan in de weg staat.²⁵

Gesteld nu dat de gebiedsontzeggingsverordening niet alle orde aantastingen dekt die de burgemeester wil aanpakken. Biedt de lichte bevelsbevoegd dan een mogelijke basis voor gebiedsontzeggingen? Ervan uitgaande dat er inderdaad aan het situatievereiste wordt voldaan en het instrument als zodanig niet langer ingezet wordt dan een periode die nodig is voor het wijzigen van de verordening, dan kan de lichte bevelsbevoegdheid uitkomst bieden. Wel dient de rechter erop toe te zien dat burgemeester de

²³ ABRS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. De Jong, *JB* 1996, m.nt. BvM. De voorzitter van de Afdeling rechtspraak had al meerdere keren zijn twijfel uitgesproken over de semipermanente inzet van de noodbevoegdheid; zie bv. Vz ARRS, 31 juli 1989, *AB* 1990, 315.

²⁴ HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514.

²⁵ Hof 's Gravenhage 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 7255, 102 m.nt. L.J.J. Rogier, *AB* 2006, 396 m.nt. Brouwer/Schilder; hierin wordt een gebiedsontzegging in Rotterdam van drie maanden op grond van art. 172 lid 3 Gemw. toegestaan, terwijl de APV voorzag in een gebiedsontzegging van slechts twee weken.

andere onmiddellijkheidseisen in acht neemt. De maatregel dient een onverwijlde reactie te zijn op de ordeverstoring, de orde aantasting per direct aan te pakken en de duur van de gebiedsontzegging dient gekoppeld te zijn aan de verstoring. Voorts dient de maatregel de subsidiariteits- en proportionaliteitstoets te kunnen doorstaan.

De burgemeester van Rotterdam redeneert dat hij de lichte bevelsbevoegdheid ook kan inzetten indien de sanctie in de APV onvoldoende soelaas biedt.²⁶ Dat lijkt ons echter – ondanks dat het Hof Den Haag deze praktijk sanctioneert –²⁷ een verkeerd uitgangspunt. Als de gemeenteraad een sanctie van vier weken voldoende vindt, maar de burgemeester deze termijn te kort oordeelt om de problemen op te lossen, dan levert dit om de hiervoor uiteengezette redenen geen argument voor de burgemeester op om de onmiddellijke bevoegdheid in te zetten. De redenering van de burgemeester dat hij art. 172 lid 3 Gemw. vooral inzet om de burgers te beschermen, snijdt geen hout.²⁸ Als die dit werkelijk noodzakelijk vinden, is het aan hun vertegenwoordigers in de raad om zorg te dragen voor wijziging van de termijn in de APV.

In deze Rotterdamse casus gaat het om een psychisch gestoorde man die structureel overlast veroorzaakt in het centrum van de stad: hij bedelt dagelijks, doet zijn natuurlijke behoeften in portieken van buurtbewoners en gaat zodanig gekleed dat zijn geslachtsdelen ontbloot zijn. Gesteld dat deze casus niet wordt gedekt door de APV en de burgemeester daarom art. 172 lid 3 Gemw. rechtmatig kan inzetten, betekent dit dan dat de gebiedsontzegging een termijn van zes maanden kan bedragen? De ernstige vrees voor verstoring van de openbare orde is in deze casus quasi permanent. Anders dan bijvoorbeeld Hennekens,²⁹ menen wij dat art. 172 lid 3 Gemw. slechts zeer beperkte duurmogelijkheden biedt. In de parlementaire geschiedenis is deze bevoegdheid consequent aangeduid als de lichte bevelsbevoegdheid, licht in verhouding tot het zware instrument van art. 175 Gemw. Als voorbeeld van een maatregel die de burgemeester zou mogen geven, werd genoemd het bevel aan supporters een bepaalde route te volgen.³⁰ De Rechtbank Amsterdam oordeelde een gebiedsontzegging van acht uren op grond van art. 172 lid 3 Gemw. nog wel toelaatbaar, maar een ontzegging van veertien dagen niet.³¹ Dat lijkt ons een wijze beslissing.

Hiervoor hebben we uiteengezet dat een onmiddellijkheidsmaatregel ex art. 175 Gemw. slechts een duur van beperkte omvang kan hebben in verband

²⁶ Vgl. A. Littooi, Langdurige gebiedsontzeggingen: nieuw instrument tegen drugsoverlast, *Gst.* 2003, 37, p. 125-131.

²⁷ Hof 's Gravenhage 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 7255, 102 m.nt. L.J.J. Rogier, *AB* 2006, 396 m.nt. Brouwer/Schilder.

²⁸ Littooi (*Gst.* 2003), p. 128.

²⁹ H.P.J.A.M. Hennekens, De bevelsbevoegdheid tegen het licht van artikel 6 EVRM, *Gst.* 1996, 7030, p. 221.

³⁰ *TK* 19 403, nr. 64a.

³¹ Rb Amsterdam 19 januari 1996, *JB* 1996, 49, m.nt. BvM, *AB* 1996, 171 m.nt. FM, *Gst.* 7027 1996. m.nt. HH en *RAwb* 1996, nr 51 m.nt. De Jong.

met de voorzienbaarheidseisen die het internationale recht stelt. Wat voor art. 175 geldt, geldt al helemaal voor art. 172 lid 3 Gemeentewet. Art. 175 geeft de burgemeester de mogelijkheid ‘alle bevelen te geven die hij ter handhaving van de openbare orde (...) nodig acht. Art. 172 lid 3 staat hem slechts toe ‘de bevelen geven die noodzakelijk te achten zijn voor de handhaving van de openbare orde’.

De rechter had naar onze mening ook om deze reden het bevel van de Rotterdamse burgemeester inhoudende een gebiedsontzegging van zes maanden moeten vernietigen.³²

2.1.2 Tussenbalans

Het zal duidelijk zijn dat wij met de bestaande jurisprudentie allesbehalve gelukkig zijn. Het is goed dat er 1996 een halt is toegeroepen aan het oneigenlijke gebruik van art. 175 Gemw. Het wordt tijd voor de rechter om nu een dam op te werpen tegen de ongebreidelde toepassing van art. 172 lid 3 Gemw. Ondanks de vele hiertoe dwingende redenen, houden we ons hart echter vast. In 2006 stond de Afdeling zelfs toe dat een voormalig ziekenhuis dat als woning functioneerde voor een aantal bewoners werd gesloten op basis van dit artikel wegens een dreigende ramp.³³ In deze bepaling zal men tevergeefs zoeken naar bevoegdheden in verband met rampen.

2.2 Reguliere handhaving

Zoals gezegd zijn het tegenwoordig al lang niet meer alleen de grote steden die met het instrument van de gebiedsontzegging werken. Ook in middelgrote en zelfs kleine gemeenten is het middel een gewild instrument. De rechtsgrondslag wordt nu – met uitzondering van Rotterdam – bijna standaard in de plaatselijke verordening gezocht. Curieus genoeg is de bevoegdheid van de raad om zich te begeven op dit terrein van de openbare orde zowel door advocaten als lagere rechters aanvankelijk nog al eens betwist. Blijkbaar is men door de langdurig toegestane inzet van de crisis- en noodbevoegdheden toch enigszins gederouteerd geraakt en vergeten hoe de ‘koninklijke’ lokale weg er werkelijk uit ziet.³⁴ Hiermee is overigens niet gezegd dat er niet nog allerlei principiële haken en ogen zitten aan het baseren van de gebiedsontzegging op de APV. Daarover komen we in paragraaf 2.2.2 te spreken.

2.2.1 Gebiedsontzegging als regulier bevel

³²Vz. Rb. Rotterdam 6 september 2002, *JB*, 2002, 382.

³³ ABRS 1 november 2006, *AB* 2007, 47 m.nt. Brouwer/Schilder.

³⁴ Zie bv. de cassatiemiddelen in HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 alsook Rb Almelo 7 januari 2003, *LJN*: AF2719.

In APV's wordt de burgemeester de bevoegdheid toegekend om gebiedsontzeggingen op te leggen. Op het eerste gezicht merkwaardig is dat hij die mogelijkheid niet alleen krijgt toebedeeld voor een veelheid aan overtredingen van lokale verordeningen, maar ook voor overtredingen en misdrijven in formele wetten, waaronder het wetboek van strafrecht. Gemeenten hanteren hierbij geen standaardmodel, de regelingen lopen op belangrijke onderdelen uiteen.

Het belangrijkste verschil zit in de gronden op basis waarvan tot de gebiedsontzegging kan worden besloten. Sommige verordeningen eisen dat de persoon zich aan een vooraf met naam en toenaam genoemd strafbaar feit moet hebben schuldig gemaakt alvorens de burgemeester de maatregel kan opleggen. De bevoegdheidstoedeling luidt in dat geval: 'De burgemeester kan in het belang van de openbare orde aan degene die zich gedraagt in strijd met de artikelen a tot en met x een verbod opleggen om zich gedurende een tijdvak van een x aantal uren te bevinden in aangewezen gebied waar of in de nabijheid waarvan de genoemde gedraging heeft plaatsgehad.' Veelal moet het strafbare feiten hebben plaatsgehad in een vooraf aangewezen gebied.³⁵

De onderwerpen van de artikelen a tot en met x variëren van straatprostitutie, drugsgerelateerde handelingen, het verstoren van de orde in een inrichting, vechten op de openbare weg tot alcoholmisbruik op de openbare weg. Zoals gezegd voorziet de APV van sommige gemeenten erin dat eveneens op overtreding van met name genoemde bepalingen uit het Wetboek van strafrecht en de Wet wapens en munitie gebiedsontzeggingen kunnen worden opgelegd.

Volgens een ander type verordening kan de burgemeester een gebiedsontzegging opleggen 'in het belang van de openbare orde, het voorkomen of beperken van overlast, het voorkomen of beperken van aantasting van het woon- en leefklimaat, de veiligheid van personen en goederen, de verkeersvrijheid of veiligheid en de gezondheid of zedelijkheid'.³⁶ Door middel van een zogenaamde gebruiksinstructie wordt deze bevoegdheid door de burgemeester dan weer ingekaderd. Dat gebeurt meestal door de strafbare feiten op te sommen waarop een gebiedsontzegging staat. Dit type verordening is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid, meer precies de *foreseeability* bepaald onwenselijk.³⁷ Overigens moet worden gezegd dat een verplicht te volgen waarschuwingstraject veel pijn verzacht.³⁸

De gebiedsontzeggingsverordeningen bevatten veelal de opdracht voor de burgemeester om beperkingen aan te brengen op de maatregel, indien dat in verband met de persoonlijke omstandigheden van betrokkene noodzakelijk is. Dat is het gevolg van een uitspraak van de Hoge Raad, waarin werd beslist dat

³⁵ Zie bijvoorbeeld art. 2.6B APV Amsterdam en art. 2.4.25 APV Heerlen.

³⁶ Zoals in art. 2.4.25 lid 1 APV Heerlen; die bepaling kwam aan de orde in ABRS 31 januari 2007, *LJN*: AZ7437.

³⁷ Zie onze noot onder HR 30 januari 2007, *AB* 2007, 131.

³⁸ Zie EHRM 4 juni 2002, *Gst.* 2003, 7181, 39, m.nt. D.E. Bunschoten, *AB* 2003, 19, m.nt. Brouwer/Schilder (Landvreugd).

een gebiedsontzegging voor tippelaarsters er niet toe mocht leiden dat zij hun woning niet meer zouden kunnen bereiken.³⁹ In de meeste verordeningen wordt ook een uitzondering gemaakt voor het reizen per openbaar vervoer door het verboden gebied.

De mogelijke lengte van de gebiedsontzegging bij de eerste overtreding kan uiteenlopen. In een gemeente als die van Helmond gaat dit bij de eerste overtreding van maximaal zeven dagen voor straatschenderij (art. 424 Sr), niet voldoen aan bevel of verordening (art. 184 Sr), openbare dronkenschap (art. 426 Sr), deelnemen aan vechtpartijen (art. 306 Sr), lokaalvredebreuk (art. 138 Sr), belediging van een ambtenaar in functie (art. 267 Sr) tot veertien dagen voor vernieling (art. 350 Sr), openlijke geweldpleging (art. 141 Sr), wederspannigheid (art. 180 Sr), mishandeling (art. 300 Sr), verboden wapenbezit (art. 13-27 Wet wapens en munitie) en overtreding van art. 2 of 3 Opiumwet. In de APV van andere gemeenten komen we ook wel langere termijnen tegen van bijvoorbeeld vier weken.

Een inmiddels vrij gebruikelijk systeem is dat waarin een overlastveroorzaker bij de eerste ordeverstoring een betrekkelijk korte maatregel krijgt opgelegd van bijvoorbeeld acht uren. Bij recidive binnen zes maanden kan dit oplopen tot enkele weken, en bij verdere recidive tot zelfs zes maanden.⁴⁰ Vanzelfsprekend dient de burgemeester zich bij het opleggen van een gebiedsontzegging strikt te conformeren aan de APV. Als die voorziet in een maximale termijn van vier weken, dan kan de burgemeester daar niet veiligheidshalve maar vast een termijn van vier weken aan vastplakken.⁴¹ Het gaat om een herstelsanctie.

2.2.2 Rechtstatelijke spanningen

Hoewel de rechtsgrondslag voor de gebiedsontzegging in de APV vanuit lokaaldemocratisch oogpunt de aangewezen vorm is, roept hij toch ook weer nieuwe rechtstatelijke vragen op waarmee rechters duidelijk worstelen.

Een eerste principieel punt is of aan de gemeenteraad de bevoegdheid toekomt om ter bestrijding van overlast de gebiedsontzeggingen als sanctie in de APV op te nemen.⁴² Hennekens heeft bezwaar tegen het zodanig creëren van een bevelsbevoegdheid voor de burgemeester. De autonome verordenende

³⁹ HR 11 juni 1985, *NJ* 1986, 41. Andere jurisprudentie uit de jaren tachtig bespraken we in *Beperking bewegingsvrijheid ter handhaving van de openbare orde, Van verblijfsontzeggingen of verwijderingsbevelen*, *NJCM-Bulletin*, juni 1997, p. 421-437. Van de latere jurisprudentie noemen we nog HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80, *Gst* 2002, 7176, nr 5 en HR 11-10-2005, *Gst*. 2006, 7259, nr. 133, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

⁴⁰ De APV kent meestal een getrapte opbouw: eerste gebiedsontzegging maximaal 24 uur, tweede maximaal 14 dagen, een derde en volgende overtreding maximaal 6 maanden.

⁴¹ ABRS 1 maart 2006, 200506424/1, *LJN*: AV2938.

⁴² Hieraan kwam slechts een einde, omdat art. 10 Gw een formeelwettelijke basis eist (ABRS 28 augustus 1995, *AB* 1996, 204 (m.nt. L.J.J. Rogier), *Gst*. 1995, 7019, 5 m.nt. H.P.J.A.M. Hennekens, *AB Klassiek* (red. Van Buuren/Polak/Widdershoven), Deventer 2003, p. 322 m.nt. Brouwer/Schilder. Zie voorts M.A. van der Ham, *Sluiting van drugspercelen op basis van gemeentelijke APV's*, *Gst*. 1984, 6779.

bevoegdheid biedt daarvoor zijns inziens geen ruimte.⁴³ Volgens ons daarentegen is er geen wezenlijk verschil met andere op gemeentelijk niveau ontwikkelde bestuurlijke aanzeggingen. Neem bijvoorbeeld de sluiting van een horecagelegenheid wegens overlast, waarvan de rechtmatigheid in de jurisprudentie nooit is betwist. Of denk aan de ‘sluitingsbevoegdheid’ van de burgemeester van woningen. De Afdeling stond in het verleden gedurende tien jaren toe dat de burgemeester een bezoekverbod aan eigenaren van dealwoningen op basis van de APV oplegde.

Het was ook juist de Afdeling die de gemeente Amsterdam in 1996 aanspoorde om de APV te hanteren als basis voor de gebiedsontzegging in plaats van de gehanteerde noodbevoegdheid.⁴⁴ De Hoge Raad heeft zijn goedkeuring inmiddels aan deze constructie gehecht.⁴⁵ En ook de Afdeling erkent de mogelijkheid van de gemeenteraad om overtreding van bepalingen in een verordening te sanctioneren met een gebiedsontzegging, die op haar beurt strafrechtelijk kan worden gehandhaafd.⁴⁶

Een tweede principieel punt betreft de omstandigheid dat het gemeentelijke strafrecht door de in de APV opgenomen bevelsbevoegdheid voor de burgemeester nu wordt opgewaardeerd van een overtredingenrecht tot een misdrijvenrecht. Dat zit als volgt. Overtredingen van de APV die de openbare orde verstoren worden gesanctioneerd door middel van een bevel tot gebiedsontzegging. Overtreding van een bevel van een ambtenaar belast met enig toezicht wordt – hoewel hierover in de lagere jurisprudentie recent nog wel is gesteggeld –⁴⁷ al sinds jaar en dag aangemerkt als een misdrijf in de zin van art. 184 Sr. Niet noodzakelijk is dat het bevel afkomstig is van een opsporingsambtenaar.⁴⁸

Rechtstatelijk heeft dit echter een ongewenst effect. Binnen het stelsel van de Gemeentewet kan de gemeenteraad, volgens art. 154 lid 4 Gemeentewet, uitsluitend strafbare feiten creëren op het niveau van overtredingen. Op niet-naleving staat een geringe hechtenis of een geldboete, voorlopige hechtenis is

⁴³ Aldus zijn interventie tijdens de VAR-vergadering van 11 mei 2007.

⁴⁴ ABRS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. De Jong, *JB* 1996, m.nt. BvM.

⁴⁵ HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80, m.nt. YB

⁴⁶ Zie bv. ARRS 10 februari 1981, *Gst.* 1981, 6677, 5, *AB* 1981, 446 (Oosterhout), ABRS 7 juli 2004, *Gst.* 2005,7228, 66, m.nt. M.C. de Voogd, *Gst.* 2005,7233,117 m.nt. L.J.J. Rogier en ABRS 31-01-2007, *LJN* AZ7437.

⁴⁷ Zie bv. Rb Roermond 8 augustus 2005, *LJN* AU0356: ‘Voorts is de strafrechter van oordeel dat vrijspraak dient te volgen omdat de Burgemeester, als deze een bevel verblijfsontzegging oplegt, niet aan te merken is als een "ambtenaar met enig toezicht belast" als bedoeld in artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht en omdat een verblijfsontzegging volgens de strafrechter geen "bevel" is als bedoeld in dit artikel.’ Anders Hof Den Bosch 4 februari 2003, *LJN*: AF3987: ‘Het gaat hier om een door de gemeenteraad vastgestelde verordening waarin aan de burgemeester bepaalde bevoegdheden zijn gegeven, te weten het geven van een verblijfsontzegging voor een bepaalde duur betreffende een door burgemeester en wethouders aangewezen gebied. Hieruit volgt dat de burgemeester door de gemeenteraad is belast met het toezicht op de uitvoering van art. 3:8 van de APV ten aanzien van de personen die zich in het aangewezen gebied bevinden. Derhalve is, wat betreft de uitvoering van art. 3:8 van de APV, de burgemeester een ambtenaar met de uitvoering van enig toezicht belast, als bedoeld in art. 184 Sr.’

⁴⁸ HR 26 juni 1899, *W* 7307; zie bv ook: HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 423, m.nt. Th.W.v.V.

niet toegelaten. Met behulp van bovenstaande constructie van een misdrijf van art. 184 Sr, komt gevangenisstraf alsook voorlopige hechtenis echter in het vizier. Overlastveroorzakers zonder vaste woon- of verblijfplaats kunnen dan daadwerkelijk van de straat gehaald worden. Dat is heel wat efficiënter dan het uitschrijven van een bon wegens overtreding van een in een verordening strafbaar gestelde gedraging.⁴⁹ Het is daarom uiterst aantrekkelijk om uitsluitend nog te vervolgen voor het overtreden van art. 184 Sr.

Dat roept een derde principiële vraag op. Kan een zodanige strafrechtelijke vervolging wel door de beugel? De vervolging vindt immers niet meer plaats voor schending van het in de APV geregelde belang – verstoring van de openbare orde – maar puur voor schending van het in art. 184 Sr beschermde belang: het gezag voor de ambtenaar belast met handhaving van de openbare orde. Levert dit geen *détournement de pouvoir* op? De verordening wordt immers niet gebruikt voor het doel waarvoor zij is gemaakt, namelijk handhaving van de openbare orde.

Deze vraag zal beantwoord moeten worden in een procedure die loopt inzake een Amsterdamse gebiedsontzegging. In deze kwestie weigerde het Hof de rechtmatigheid van de APV-bepaling en het daarop gebaseerde bevel te toetsen met als argument dat dit de taak voor de bestuursrechter zou zijn. Conform de vaste jurisprudentie oordeelde de Hoge Raad dat de strafrechter zich niet zo terughoudend mag opstellen als er (nog) geen onherroepelijke uitspraak is van de (hoogste) bestuursrechter.⁵⁰ Het Hof zal dan ook alsnog op beide kwesties in moeten gaan.

Een vierde principiële kwestie betreft de vraag of het mogelijk is gebiedsontzeggingen op te leggen als sanctie op overtreding van strafbepalingen in formele wetten, waaronder het Wetboek van strafrecht. De formele wetgever bepaalt immers limitatief wat de sancties en maatregelen zijn op overtredingen en misdrijven. Komt de gemeenteraad dan wel de bevoegdheid toe om die sancties aan te vullen? Laten we beginnen met op te merken dat inkleuring van het begrip overlast met ook door de formele wetgever strafbaar gestelde feiten volkomen begrijpelijk is. Juist die overtredingen veroorzaken de grootste ergernis en vragen vanuit een oogpunt van ordehandhaving indringend om herstelmaatregelen. Zolang deze maatregelen inderdaad het karakter dragen van herstelsancties, menen wij dat ze geoorloofd zijn en dat er van (on)eigenlijke aanvulling of doorkruising van voorschriften op rijksniveau geen sprake is. Zo gauw een gebiedsontzegging het karakter van een punitieve sanctie krijgt, komt dit principieel anders te liggen.⁵¹

⁴⁹ Dit probleem is treffend verwoord door de Almelose politierechter in een uitspraak van Rb Almelo 29 september 2003, *LJN* AL 3172.

⁵⁰ HR 27 maart 2007, *LJN*: AZ6007. Zie over het leerstuk van de formele rechtskracht bij de toetsing van gebiedsontzeggingen HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (m.nt. YB).

⁵¹ Drugsoverlastbepalingen stellen vanuit een openbare orde motief feiten strafbaar die ook op grond van de Opiumwet strafbaar zijn (HR 17 november 1992, *NJ* 1993, 409).

Een vijfde principiële vraag is of de gebiedsontzegging inderdaad altijd een herstelsanctie is. Er zijn een aantal redenen waarom twijfel soms gerechtvaardigd is. Die vloeit allereerst voort uit de structuur van de sanctiesystemen zoals gemeenten die hebben ontwikkeld. Een overtreding van een relatief kortlopend gebiedsverbod wordt niet zelden als een soort van een automatisme gesanctioneerd met een langduriger maatregel. In het geval van een maatregel van een half jaar is het lastig te verdedigen dat die alleen strekt tot het (daadwerkelijke) herstel van de openbare orde. Weliswaar zit in de definitie van de herstelsanctie ook een element van voorkomen van herhaling, maar hier wordt toch de schijn gewekt leed te willen toevoegen.⁵² Omdat van een bestraffend element geen sprake mag zijn – het is de gemeenteraad niet toegestaan een niet in de wet geregelde punitieve sanctie in het leven te roepen – dient een zodanig lange termijn in ieder geval per individu goed gemotiveerd te worden.

3. Eindbalans

De gebiedsontzegging als middel tot herstel van de openbare orde is de laatste decennia zeer sterk in opmars. In veel gemeenten wordt er gebruik van gemaakt. Legden burgemeesters deze maatregel aanvankelijk op met behulp van gemeentewettelijke bevoegdheden tot onmiddellijke handhaving van de openbare orde, tegenwoordig heeft de maatregel bijna altijd een basis in de gemeentelijke APV van een gemeente. Die ontwikkeling valt met enige reserve toe te juichen, want de inzet van de onmiddellijkheidsbevoegdheden van de burgemeester voldeed in de meeste gevallen geenszins aan de eisen die aan de toepassing van dit soort bevoegdheden moeten worden gesteld. Ongelukkigerwijs heeft de rechter deze praktijk langdurig gesanctioneerd als gevolg van een miskenning van het systeem in het openbare-orde-recht.

Gelukkig is er sinds enkele jaren weer meer oog voor de lokale democratische spelregels en wordt op een enkele uitzondering na door rechters een legitimerende rol van de gemeenteraad geëist in gevallen dat een gebiedsontzegging wordt opgelegd. Daarmee is overigens geenszins gezegd dat de gewijzigde grondslag geen nieuwe rechtstatelijke vragen oproept. Eén van de belangrijkste hiervan is die van de toelaatbaarheid van de stapeling van bevoegdheden. Niet-naleving van een gebiedsontzegging is niet alleen strafbaar gesteld in de APV, maar levert ook een overtreding van art. 184 Sr op. Dat laatste delict is een misdrijf. Het is daarom erg verleidelijk om te vervolgen voor

⁵² Uit toelichtende stukken die op websites van gemeenten te vinden zijn, blijkt dat effecten die we van het reguliere strafrecht kennen – zoals de generaal preventieve werking – ook daadwerkelijk beoogd worden; zie bv. een aflevering van het Bulletin Veilig Helden (www.Helden.nl; 12 mei 2007): ‘De gebiedsontzegging heeft twee doelstellingen. Natuurlijk is het de bedoeling om door het opleggen van ontzeggingen de grootste raddraaiers voor een bepaalde tijd te weren uit het uitgaansgebied van Helden-Dorp. Daarnaast zou het mooi zijn als er van de gebiedsontzegging ook een preventieve werking uitgaat. Als zich rondpraat, dat er gebiedsontzeggingen en waarschuwingen zijn uitgedeeld, bedenkt men zich hopelijk wel voordat er rotzooi wordt geschopt.’

overtreding van dit artikel, mede omdat overlastveroorzakers zonder vaste woon- of verblijfplaats dan in voorlopige hechtenis kunnen worden genomen. Het gemeentelijke overtredingenrecht verwordt daarmee van een overtredingen- tot een misdrijvenrecht.

Als daaraan daadwerkelijk behoefte bestaat, lijkt ons een bijzondere wet voor de bewegingsvrijheid beperkende maatregel meer dan aangewezen. Hierin kan dan ook op uniforme wijze worden geregeld voor welke delicten een gebiedsontzegging kan worden opgelegd en welke sanctie staat op overtreding ervan.⁵³

⁵³ De stelling van M.A.D.W. de Jong dat de voorgestelde wet 'Aanwijzingen overlast' overbodig is, delen wij niet (De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht, in: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, preadviezen voor de VAR, VAR-reeks 138, Den Haag 2007, p. 104 en stelling 3 op p. 120).